

Publicato il 03/05/2019

**N. 05596/2019 REG.PROV.COLL.**  
**N. 00365/2019 REG.RIC.**



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Seconda Ter)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 365 del 2019, proposto da:

Rossi Transworld S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Barbara Braggio, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Cesare De Fabritiis 21;

*contro*

Atac S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Daniela La Rosa, con domicilio eletto presso il suo studio in Giustizia, Pec Registri;

*nei confronti*

Scala Enterprise S.r.l. non costituito in giudizio;

*per l'annullamento*

del provvedimento di aggiudicazione della procedura aperta, ai sensi dell'art. 3, lett. sss) e dell'art. 60 del D.Lgs. n. 50/2016, per l'affidamento del servizio di trasporto, facchinaggio e trasloco, per la movimentazione di documenti, arredi ed attrezzature, da esperire con il sistema dell'*e-procurement* (CIG 7505151687), disposta da ATAC a favore dell'operatore economico SCALA ENTERPRISE S.r.l. e comunicata in data 12.12.2018; del Provvedimento di esclusione dalla procedura disposto da ATAC nei confronti della ROSSI TRANSWORLD S.r.l. in data 30.11.2018; di ogni altro provvedimento connesso, antecedente o successivo, derivato o consequenziale, nello specifico del contratto d'appalto stipulato o stipulando con la controinteressata.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Atac S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 aprile 2019 il dott. Salvatore Gatto Costantino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente partecipava al bando in epigrafe, risultandone esclusa in quanto emersi a suo carico pregressi carichi tributari, dai quali veniva desunta dalla S.A. la sua posizione di irregolarità fiscale.

Assume di avere dimostrato, con idonea documentazione acquisita dall'Agenzia delle Entrate, che si tratta di carichi tributari rateizzati oppure contestati presso la CTP, con conseguente insussistenza sia di violazioni definitivamente accertate sia di violazioni gravi, come definite dall'art. 80 c. 4 del D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i., idonee a determinare l'esclusione dalla gara della Società; a riprova di ciò, allegava altre aggiudicazioni disposte a proprio favore, tra le quali una da parte della stessa Agenzia delle Entrate.

Più precisamente, espone in fatto quanto segue.

Con nota prot. 176907 del 16.10.2018 ATAC, in esito ai controlli sui requisiti di ordine generale, richiedeva la presentazione di giustificazioni in relazione alla presunta irregolarità fiscale risultante a carico della Società dal sistema Avcpass dell'ANAC. La Società, a tal fine, in data 18.10.2018 si attivava prontamente presso l'Agenzia delle Entrate – Direzione Provinciale III di Roma, la quale, a seguito delle risultanze del sistema informativo dell'anagrafe tributaria, rilasciava specifica certificazione, peraltro non producibile agli organi della P.A. o ai privati gestori di pubblici servizi, recante i “carichi pendenti” della ROSSI TRANSWORLD SRL.

Da questi risultava la sussistenza di specifici piani di rateazione, già concordati con l'Agenzia delle Entrate in relazione ai seguenti atti: cartella di pagamento n. 0742018000169002, cartella di pagamento n. 09720170143873973, comunicazione di irregolarità n. 0064281515101/00; risultava altresì la proposizione di appositi ricorsi avanti la competente Commissione tributaria (ed in particolare: ricorso avverso atto n. 0011902316401, ricorso avverso atto n. 0006611416601); l'insussistenza di alcuna pendenza per gli atti riportanti un debito pari ad € 0,00 e nello specifico: comunicazione di irregolarità 2015, atto di irregolarità n. 0012261117101; l'inesistenza di alcuna notifica nei propri riguardi in relazione alla partita di ruolo n. T160225145623557400000002/D.

Con il ricorso, pertanto, censura il provvedimento impugnato per le seguenti ragioni di doglianza.

1) Illegittimità ex art. 21 octies della L. 241/1990 s.m.i. per violazione e falsa applicazione dell'art. 80 co. 4 e co. 5 f-bis) del D.Lgs. n. 50/2016 - Eccesso di potere per carenza di istruttoria e conseguente inadeguatezza, parzialità e genericità della motivazione.

Il provvedimento di esclusione è stato assunto da ATAC tenendo conto esclusivamente delle risultanze del sistema Avcpass, senza svolgere alcuna istruttoria e senza altresì tener conto degli elementi e delle integrazioni prodotte dalla Società in risposta alla richiesta di chiarimenti.

A proprio favore richiama la più recente giurisprudenza secondo cui, ai fini della condizione di escludibilità dell'operatore economico per grave irregolarità fiscale o contributiva definitivamente accertata ex art. 80 co. 4 del D.lgs. 50/2016, ciò che rileva è il fatto che, *“alla scadenza del termine per la presentazione della domanda, risulti notificata una cartella di pagamento della quale non sia avvenuto o iniziato il pagamento”* (cfr., in tal senso, T.A.R. Lazio Roma Sez. I quater, 17/11/2017, n. 11384). In senso conforme si pone lo stesso Consiglio di Stato nel ribadire come sussista attualmente *“...un quadro ordinamentale che, al fine di garantire la più ampia partecipazione alla gara, in una logica concorrenziale e collaborativa, consente di estinguere il debito tributario anche solo per la presentazione della domanda di partecipazione”* (cfr., ex multis, Cons. Stato Sez. V, 26/07/2018, n. 4594). La più recente giurisprudenza di merito evidenzia, inoltre, come la condizione di “regolarità fiscale” dell'operatore economico possa ormai desumersi anche dalla mera proposizione di istanze definitive dei carichi tributari pendenti da parte del singolo operatore in un'ottica eminentemente sostanzialistica (cfr., da ultimo, Tar Friuli Venezia Giulia, sentenza 246/2018).

Secondo la ricorrente, l'intercorsa perfezionata estinzione del debito tributario e, a fortiori, l'avvio del procedimento solutorio (tramite procedura esecutiva fruttuosamente esperita in data antecedente rispetto alla data della verifica condotta ex artt. 80 e 85 del D.lgs. 50/2016 nonché alla presentazione dell'offerta) sarebbero incontestabili, tali dunque

da escludere radicalmente non soltanto la sussistenza di causa escludente ex art. 80 co. 4 del D.lgs. 50/2016, ma anche gli estremi della fattispecie di dichiarazione mendace ai sensi dell'art. 80 co. 5 f-bis) del D.lgs. 50/2016.

Nella camera di consiglio del 6 febbraio 2019, è stata respinta la domanda cautelare, fissando comunque la trattazione della controversia nel merito, ai sensi dell'art. 120 c.p.a. (ord.nr.201900831 del 6 febbraio 2019).

Si è costituita l'ATAC che resiste al ricorso di cui chiede il rigetto.

In particolare, dopo aver riepilogato i fatti e gli accadimenti che hanno condotto all'esclusione della ricorrente dalla gara, eccepisce che, a norma dell'art. 80 del Dlgs 50/2016, le violazioni non riguardano soltanto le cartelle esattoriali, ma qualunque irregolarità fiscale, che impedisca il rilascio del DURC; le posizioni concernenti crediti verso l'Agenzia delle Entrate ancora da accertare, sono solamente alcune, mentre per le restanti altre risulta acclarata l'irregolarità; qualora controparte avesse ritenuto che il DURC fosse stato dichiarato negativo erroneamente, ben avrebbe potuto impugnarlo, evitando così l'effetto preclusivo, conseguente alla presunzione assoluta di gravità delle violazioni previdenziali; richiamando giurisprudenza del Consiglio di Stato (sentenza della sez. V n.1141 del 19.02.2019), afferma che la mancanza di un DURC regolare comporta una presunzione legale *iuris et de iure*, di gravità di violazioni previdenziali, essendo la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni si impongono alle stazioni appaltanti (cfr, ex multis, anche CdS, Ad. Plen., 08.05.2012; CdS, V, 18.07.2017 n. 3551); diverso sarebbe il caso in cui il concorrente ad una gara d'appalto abbia proposto ricorso avverso il DURC negativo, poiché in tal caso la stazione appaltante, salvo il caso di un ricorso giurisdizionale manifestamente pretestuoso, non potrebbe procedere alla legittima esclusione del concorrente stesso, in quanto la violazione non può dirsi definitivamente accertata (cfr: TAR Lazio, sez. II, n. 4939 del 27.04.2017). Richiama, infine, la possibilità di procedere alla regolarizzazione della posizione fiscale entro i termini di presentazione della domanda (come riconosciuto dalla giurisprudenza, Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 4158/2017), adempimento al quale la ricorrente non ha

provveduto, se non per posizioni irrilevanti ex art. 80 dlgs 50/2016. La fattispecie richiamata dalla ricorrente per sostenere che la condizione di regolarità fiscale deriverebbe all'azienda anche dalla presentazione di una istanza di pagamento delle pendenze ancora dovute (di cui alla sentenza del TAR Friuli Venezia Giulia nr. 246/2018) non sarebbe riferibile al caso di specie, in quanto in detta fattispecie l'azienda risultava aver presentato una istanza di definizione agevolata ex art. 6 DL n. 193/2016, secondo i termini e con le modalità di cui all'art. 1 del DL n. 148/2017, assumendo l'impegno al pagamento rateale; condizione questa non verificatasi nel caso odierno. Infatti, nel caso in esame, la ricorrente ha prodotto una nota di accettazione dell'Agenzia delle Entrate, peraltro contrassegnata dalla dicitura "uso interno" e che neppure reca la data in cui è stata emessa (si presume, comunque, prima della presentazione dell'offerta), ma la stessa fa riferimento alla sola posizione 0742018000169002 ed accorda la suddivisione in dieci rate mensili del debito complessivo di € 549,43. Analogamente la nota di accettazione relativa alla cartella 09720170143873973, relativa ad un importo complessivo di € 1.302,25, prevede la pianificazione di 25 rate mensili, per il pagamento del relativo debito. Si tratta di adempimenti non solo parziali, riferiti cioè soltanto a due delle posizioni irregolari comunicate con la nota del 22.10.2018, ma oltretutto indifferenti ai fini dell'ammissione alla gara. Infatti in ambo i casi l'importo del debito è inferiore ad € 5.000,00 e, come già ricordato, l'art. 48 del D.P.R. 602/73 stabilisce che soltanto qualora detta soglia venga superata, le irregolarità fiscali sono da considerarsi gravi. In altre parole dalla disamina di tutta la documentazione versata in atti, si è constatato che l'impegno a pagare assunto dalla Rossi Transworld non riguarda che una parte del debito complessivo pendente presso l'Agenzia delle Entrate. Per essere valido ai fini dell'ammissione alla gara, naturalmente, l'impegno a soddisfare tutte le pendenze in essere avrebbe dovuto essere comunicato entro la scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione.

Inoltre, il riscontro della Rossi Transworld alla richiesta di chiarimenti inoltrata dall'ATAC tramite PEC il 16.10.2018, perveniva solamente il 22.10.2018, quindi oltre il termine perentorio di cinque giorni dalla data di ricevimento.

Infine, circa l'inosservanza del termine perentorio di cui al 4° comma dell'art. 80 dlgs 50/2016 per la presentazione delle domande di partecipazione, la norma prevede una semplice facoltà della SA di non procedere all'esclusione "purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della data di presentazione della domande", cosa che non sarebbe affatto accaduta nel caso in esame.

In conclusione, l'ATAC deduce che controparte offre una ricostruzione confusa e generica della propria posizione debitoria, volta a dimostrare una presunta regolarità fiscale, che è ben lungi dal poter vantare, facendo riferimento a piani di rateazione dei debiti contratti con Agenzia delle Entrate ed all'estinzione di alcune posizioni, ma a ben vedere sono stati pagati, o è stata concordata con l'Agenzia la rateizzazione di debiti di importo insignificante ai fini della gara; di converso non vengono indicati i carichi fiscali ancora pendenti.

Riesaminando nel dettaglio le risultanze della posizione fiscale della ricorrente, infine, l'ATAC evidenzia come sussistono ancora posizioni non definite (che elenca analiticamente) e quindi la condizione di non regolarità fiscale andrebbe confermata.

La ricorrente, da ultimo, produce copia della propria offerta economica.

Nella pubblica udienza del 16 aprile 2019, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

Nell'odierno giudizio, viene in esame una controversia relativa alla legittimità dell'esclusione della ricorrente dalla gara cui ha preso parte, determinata dal Seggio per irregolarità fiscale, che la ricorrente stessa contesta in quanto avrebbe provveduto, nei termini utili alla partecipazione alla gara, alla definizione della propria posizione.

I) Un primo rilievo d'ufficio è stato prospettato in sede cautelare, relativamente alla dimostrazione dell'interesse della ricorrente alla pronuncia: sul punto, non era stato allegato alcun elemento atto ad individuare quale sarebbe la sorte della gara se, in accoglimento del gravame, venisse annullato il provvedimento di esclusione.

Attesa la produzione (avvenuta solamente il giorno prima dell'udienza, ma senza contestazione da parte della resistente) della copia dell'offerta economica della ricorrente stessa, in assenza di specifica opposizione, deve ritenersi che il profilo è stato sanato.

Rileva il Collegio che l'appalto – non suddiviso in lotti – risulta rivolto all'affidamento di servizi di trasporto, facchinaggio e trasloco per la movimentazione di documenti, arredi ed attrezzature all'interno delle sedi aziendali di ATAC nel territorio metropolitano; l'appalto è considerato a misura e la liquidazione dell'importo contrattuale avverrà secondo le reali prestazioni effettuate ed i prezzi unitari indicate nel listino ATAC al netto del ribasso in sede di gara.

A monte di un valore stimato a base d'asta pari ad euro 420.000,00, la ricorrente risulta avere offerto uno sconto del 39,05%, oltre oneri di sicurezza, per un importo finale totale offerto pari ad euro 213.929,47; nulla viene dedotto in ordine ad eventuali offerte di altri partecipanti; l'aggiudicazione, disposta nei confronti della controinteressata Scala Enterprise non costituita, risulta essere stata disposta per una offerta pari ad euro 254.907,00 (come da comunicazione di aggiudicazione depositata dalla ricorrente).

Può pertanto procedersi all'esame del ricorso nel merito.

II) In ordine ai profili dedotti nell'odierno giudizio, la più recente giurisprudenza (v. Consiglio di Stato , sez. V , 19/02/2018 , n. 1028), è orientata a ritenere che il requisito della regolarità fiscale si considera sussistente soltanto ove, prima del decorso del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara di appalto, l'istanza di rateizzazione sia stata accolta con l'adozione del relativo provvedimento costitutivo e non anche nelle ipotesi in cui l'iniziale irregolarità abbia dato luogo alla richiesta di dilazione, solo successivamente accolta; ciò anche in quanto (v. T.A.R. , Roma , sez. II , 28/12/2017 , n. 12742), anche a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 80, comma 4, d.lg. n. 80 del 2016 , la mera presentazione dell'istanza di rateizzazione non comporta l'automatico recupero della posizione di regolarità fiscale, atteso che, con la presentazione di tale istanza, il partecipante non assume alcun impegno vincolante a



onorare il debito in quel momento gravante a suo carico, ma semmai ad adempiere l'obbligazione novata, originante dall'eventuale successivo dell'istanza di rateizzazione da parte dell'Agente della riscossione (tanto che, secondo la medesima decisione appena richiamata, *“la circostanza che l'agente della riscossione dei tributi abbia proceduto a pignorare presso un soggetto pubblico debitore somme da questo dovute all'impresa concorrente, pur assicurando la soddisfazione del credito fiscale, non è di per sé idonea a determinare il venir meno della situazione di irregolarità in cui versa detta impresa”*; cfr. anche T.A.R. , Milano , sez. I , 29/12/2016 , n. 2490, secondo cui *“non è ammissibile la partecipazione alla procedura di gara, ex art. 38, comma 1, lett. g, cod. contr. pubbl., del soggetto che, al momento della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione, non abbia conseguito il provvedimento di accoglimento dell'istanza di rateizzazione; infatti per giurisprudenza costante, la regolarità contributiva e fiscale, richiesta come requisito indispensabile per la partecipazione ad una gara di appalto ai sensi dell'art. 38 d.lg. 12 aprile 2006 n. 138, deve essere mantenuta per tutto l'arco di svolgimento della gara fino al momento dell'aggiudicazione, sussistendo l'esigenza della stazione appaltante di verificare l'affidabilità del soggetto partecipante alla gara fino alla conclusione della stessa, restando irrilevante un eventuale adempimento tardivo degli obblighi contributivi e fiscali, ancorché con effetti retroattivi, giacché la (ammissibilità della) regolarizzazione postuma si tradurrebbe in una integrazione dell'offerta, configurandosi come violazione della par condicio”*).

III) Tenuto conto di tali principi, il ricorso non può trovare accoglimento.

Invero, anche all'esito della proposizione delle osservazioni della ricorrente nel procedimento (ed a tacere di ogni aspetto relativo alla perentorietà o meno del termine per il loro deposito presso il Seggio), risulta che non tutte le posizioni debitorie aperte della ricorrente con l'Agenzia delle Entrate erano state utilmente definite.

Invero, i due provvedimenti dell'Agenzia con i quali sono state esibite le corrispondenti comunicazioni di accoglimento e rateizzazione, attenevano a due pretese, rispettivamente pari ad euro (risultante da euro 1.302,25 per il documento nr. 09720170143873973, istanza del 2.11.2017, nr. 1513588; euro 549,43 per il documento nr. 07420180001690002, istanza del 16.05.2018, nr. 91761).

Restano non regolarizzate, come puntualmente dedotto dall'ATAC nella propria memoria senza specifiche ulteriori contestazioni da parte della ricorrente, la rateizzazione della cartella 0064281515101700 (per un importo di euro 27.351,83) per la quale risulta solo presentata la relativa istanza. Quanto invece alle posizioni debitorie oggetto d'impugnazione, le stesse risultano definite con sentenza di I grado, che dichiara l'inammissibilità del ricorso (ricorso avverso la cartella nr. 0011902316401 per l'anno d'imposta 2016 - importo di € 8.945,00), ma di cui non risulta estinto il relativo debito (quindi si tratta di una posizione definitivamente accertata e non assolta); con riferimento all'irregolarità dell'anno 2016 (posizione 0006611416601) risulta, come da dichiarazione dell'Agenzia e dello stesso contribuente, un contenzioso ancora pendente per un importo contestato di € 17.677,00 (per questa soltanto, dunque, può predicarsi la non definitività dell'accertamento). Sempre per l'anno 2016 si riporta la comunicazione d'irregolarità n. 0064281515101/00, relativa al modello IRAP per l'anno d'imposta 2014, intestatario in oggetto, in corso di rateazione, di importo pari ad € 27.351,83, notificata il 20.09.2016. Quanto poi alla partita ruolo n. T160225145623557400000002/D, anno d'imposta 2015, consegnata al concessionario il 25.10.2018 e derivante da ruoli di liquidazione IVA, per un debito di € 12.767,64 si tratta di una posizione debitoria pendente, che non vale ad escludere la circostanza (meramente attinente alla riscossione coattiva di un credito già esistente, liquido ed esigibile) che non sia ancora stata notificata la relativa cartella esattoriale.

Per queste ragioni, dunque, appare evidente la sussistenza di una condizione di grave irregolarità fiscale della ricorrente, in presenza della quale il provvedimento impugnato è atto obbligato.

Nessuna delle censure dedotte può dunque trovare accoglimento, con conseguente reiezione del gravame; le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la parte ricorrente alle spese di lite che liquida in euro 5.000,00 oltre accessori come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

Pietro Morabito, Presidente

Maria Laura Maddalena, Consigliere

Salvatore Gatto Costantino, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Salvatore Gatto Costantino**

**IL PRESIDENTE**  
**Pietro Morabito**

IL SEGRETARIO